

## A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187

Raphael de Andrade Naves<sup>1</sup>

### RESUMO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente, por unanimidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, reputou legítimas as manifestações de pensamento que têm por objetivo questionar a política de combate às drogas ora vigente, em oposição à grave insegurança jurídica causada, à época, por posicionamentos que obstavam a veiculação de opiniões com tal conteúdo, caracterizando-as como crime de apologia, previsto no artigo 287 do Código Penal. Busca-se, com o presente trabalho, analisar os termos do voto de lavra do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF, o qual discorreu brilhantemente sobre os contornos das liberdades fundamentais de reunião e manifestação do pensamento e do papel que o Estado deve desempenhar, não só respeitando, como fomentando o debate de ideias. A natureza contramajoritária da jurisdição da Suprema Corte também é destacada no trabalho, visto que objeto de análise pelo Ministro Celso de Mello, para o qual o Excelso Pretório deve atuar não só como guardião da Constituição, mas também como protetor das minorias e de seu sacro direito de expor ideias e pensamentos. Além de ressaltar e analisar os principais tópicos do voto mencionado, o presente trabalho procura descrever a matéria fática que embasou a ADPF, colacionando, ainda, o histórico brasileiro de desrespeito às mencionadas liberdades, cujo prestígio é de extrema importância para a solidificação do processo democrático na sociedade contemporânea.

**Palavras-chave:** Liberdades. Manifestação do pensamento. Reunião. Democracia. Estado.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa - UBM.

O texto foi conferido pela Professora Regina Vera Villas Bôas, Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos na Universidade de Coimbra. Graduada, Mestre e Doutora em Direito Civil pela PUC/SP. Doutora em Direito Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professora e Pesquisadora nos Programas de Graduação e de Pós-graduação *lato e stricto sensu* na PUC/SP. Pesquisadora do Projeto de Pesquisas de Direito Minerário (convênio PUC/SP e VALE), coordenando as Pesquisas sobre as “cavidades naturais subterrâneas”. Professora e Pesquisadora no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano/SP, integrando o Grupo de Pesquisas “Minorias, discriminação e efetividade de direitos” e o Observatório de Violência nas Escolas (UNESCO/UNISAL). Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

## ABSTRACT

The Plenum of the Supreme Court upheld unanimously the case ADPF 187, concluding that reunions which aim to question the policy of the drug war current are a legitimate expression of thought, in opposition of a serious legal uncertainty caused by the airing of views that tried to characterize them as a crime, under the article 287 of the Penal Code. One aim with this study is to analyze the terms of the vow of Minister Celso de Mello, relater of the ADPF, who wrote brilliantly about the contours of the fundamental freedoms of assembly and expression of thought and the role the state should play not only respecting, but promoting the debate of ideas. To be the protector of the minority is the nature of the jurisdiction of the Supreme Court, which is also highlighted in the work, since object of analysis by the Minister Celso de Mello, for which the Court must act not only as guardian of the Constitution, but also as a protector of minorities and your sacred duty to expose ideas and thoughts, even shocking at first. Besides underline and analyze the key topics of the vote mentioned, this study seeks to describe the factual matter that based the ADPF, also collecting the brazilian historical disregard for the mentioned freedoms, whose prestige is of utmost importance for the solidification of democratic process in our modern society.

**Keywords:** Freedoms. Manifestation of thought. Assembly. Democracy. State.

## 1 – INTRODUÇÃO

Em 15/06/2011, de forma unânime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Arguição de Descumprimento Fundamental nº 187, agregando concretude ao direito fundamental da liberdade de expressão e de reunião, “para dar, ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”” (MELLO, 2011, p. 58).

Com a propositura da ADPF 187/DF, a Procuradoria-Geral da República buscava, inicialmente, garantir que os participantes da "Marcha da Maconha" não fossem autuados em flagrante pelo suposto cometimento do delito previsto no artigo 287 do Código Penal (apologia ao crime).

A Suprema Corte, contudo, não se limitou a proclamar a interpretação conforme a Constituição da República e seus postulados; em posicionamento de vanguarda, declarou expressamente sua missão de atuar não só como guardião da Lei Maior, mas também como protetora das minorias e de seu direito de expor suas ideias, exercendo jurisdição de caráter contramajoritário.

Neste sentido, elaboramos breves comentários acerca dos principais tópicos do didático e elucidativo voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, relator da ADPF, buscando, de início, contextualizar o posicionamento da Corte com os seguidos embates vivenciados pelos que buscam exercer as liberdades fundamentais de reunião e manifestação do pensamento, analisando-se, ao final, a relação do Estado com tais direitos e o papel da Suprema Corte nesta problemática.

## **2 – A REALIDADE BRASILEIRA: DA DITADURA MILITAR À MARCHA DA MACONHA**

Durante o período compreendido entre os dias 1 de abril de 1964 e 15 de março de 1985, o Brasil foi governado por militares e, como consequência de seu modo de atuar, vários atos ditatoriais e antidemocráticos foram praticados: o Congresso Nacional foi dissolvido; atos institucionais que aniquilaram liberdades civis ganharam vida; redações de jornais foram fechadas e jornalistas e músicos foram presos pelo suposto cometimento de crimes de opinião contra o regime.

Quem ousasse se manifestar em sentido contrário aos conceitos pregados pelo Regime Militar era considerado subversivo e tinha cassado, de imediato, seu direito à livre manifestação do pensamento.

Mais do que isso, o regime de exceção implantado pelos militares restringiu ao máximo as garantias individuais e sociais, no afã de garantir sua continuidade, invocando-se, para tanto, argumentos relacionados à segurança nacional.

Em que pese um civil ter reassumido a Presidência da República em 1984, somente com a promulgação da Carta Política de 1988 – também conhecida como Constituição Cidadã e veemente defensora dos valores democráticos e dos direitos fundamentais – é que o processo de redemocratização do país foi formalmente completado.

É certo que, por um prisma formal, nossa sociedade estava, mais uma vez, sob a égide do sistema democrático. Contudo, a mera alteração do mandamento constitucional, com a inclusão de conceitos que privilegiavam a cidadania e os direitos humanos não seria suficiente, caso o costume opressor e violador de direitos, enraizado no modo de agir dos agentes públicos, não fosse combatido.

Restava, portanto, a busca pela efetividade de tais direitos, já formalizados em nossa Carta Política, cujo tema ainda extremamente debatido no meio acadêmico.

Assim, ainda que protegidos por nossa Lei Maior, os que desejavam exercer plenamente as liberdades de expressão e de reunião vivenciaram diversos conflitos, visto que a opressão da opinião pública se materializava nos atos de repressão praticados pelo braço armado estatal.

Alguns casos emblemáticos ocorridos na vigência de nossa Carta Magna de 1988 retratam bem a ofensiva contra a liberdade de expressão, sempre que esta era utilizada como fundamento constitucional a permitir a divulgação de opiniões e conceitos minoritários, contrários ao senso comum.

Em 1997, nove anos depois do retorno do país ao regime democrático, integrantes da Banda *Planet Hemp*, então capitaneada pelo vocalista Marcelo D2, são autuados em flagrante pela Polícia Civil do Distrito Federal, ao final de um show, por terem supostamente incorrido na prática do delito previsto no artigo 287 do Código Penal (apologia ao crime), ao executarem músicas cujo conteúdo defendia a legalização do plantio, comércio e consumo de *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha.

O debate sobre a política pública de repressão às drogas possuía caráter embrionário, sendo que qualquer intenção de promovê-lo era fortemente rechaçada pela corrente de pensamento dominante, com forte representação no aparato estatal.

Contudo, os juízos de primeira instância, que ora proibiam a realização do show, ora desconsideravam a ilegalidade das prisões em flagrante, tiveram suas decisões cassadas pelos Colegiados Estaduais, os quais reconheceram o direito dos mencionados artistas de exercerem, concretamente, sua liberdade de expressão, através de suas canções, pouco importando se representavam - e ainda representam - a opinião de uma minoria.

Alguns anos depois, o Plenário do Excelso Pretório, em precedente brilhantemente colacionado pelo Ministro Celso de Mello, julgou procedente a ADI 1969/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 20.089/99, editado pelo Governador do Distrito Federal, o qual restringia a realização de manifestações com o uso de carros e aparelhos sonoros em determinados pontos, dentre eles a Praça dos Três Poderes e a Esplanada dos Ministérios.

Retornando ao polêmico tema da política de repressão às drogas, começou a ganhar corpo, em 2010, o movimento intitulado "Marcha da Maconha", que possui os mesmos objetivos da banda capitaneada por Marcelo D2: fomentar o debate acerca da (in)adequação da vigente política de proibição à *cannabis sativa*.

Ao tentar realizar passeatas e marchas nas capitais brasileiras, o movimento é impedido por diversas ordens judiciais que consideravam os atos públicos como criminosos, por suposto cometimento de apologia ao crime, materializado no artigo 287 do Código Penal - mesmo delito imputado aos integrantes da banda *Planet Hemp*.

A repressão judicial à liberdade de expressão e, em especial, ao movimento social "Marcha da Maconha", incentivou a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Procuradoria-Geral da República, cuja procedência foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como já asseverado, reconhecendo-se a licitude de tais manifestações, para afastar a incidência do artigo 287 do Código Penal, considerando os atos como exercício legítimo das liberdades fundamentais de livre pensamento e reunião.

Destaque-se que, na mencionada ADPF, em momento algum se buscou debater o mérito da causa defendida pelos integrantes do coletivo "Marcha da Maconha", a qual, por certo, é legítima, instigante e carece de maior atenção e debate no seio da sociedade brasileira.

### **3 - DO PAPEL A SER DESEMPENHADO PELO ESTADO EM RELAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Ferrenha adversária dos regimes não democráticos, os quais não toleram o pluralismo político e ideológico, a liberdade de expressão foi didaticamente apresentada pelo Ministro Celso de Mello, exercendo a relatoria da ADPF 187/DF.

O autor norte-americano Nicholas Capaldi, também justifica, brilhantemente, sua importância:

"Inexiste razão lógica para que a liberdade de expressão não possa constituir um valor em qualquer tipo de comunidade. Mas, de fato, só nas sociedades democráticas atribui-se-lhe um valor positivo, positivamente proibido em muitas sociedades não democráticas. Qual o motivo? Aqui se define democracia como sendo uma forma de governo onde as normas e diretrizes do comportamento decidem-se, em última análise, por alguma forma de regra da maioria. Desde que os cidadãos são fundamentalmente responsáveis por elaborar ou participar de tais decisões, devem possuir a informação a estas concernente, inclusive as opiniões dos demais. Donde ser absolutamente essencial a uma comunidade democrática a liberdade de expressão a respeito de assuntos políticos. Não pode haver comunidade desprovida de um senso de interesse comum e uma das justificativas do método democrático de elaboração decisória da comunidade é a de que um homem terá tanto maior sentido de identificação com o interesse comum quanto mais auxiliar a formá-lo. Admite-se também que este não é algo que difira dos interesses dos indivíduos da comunidade, de modo que eles devem ser consultados. Em suma, a determinação do interesse comum (a que Rousseau chamaria a vontade geral) é matéria de debate racional - donde a necessidade da liberdade de expressão". (CAPALDI, 1974, p. XI)

Ademais, como bem lembrado pelo Ministro Celso de Mello, em 1948, no Pós-Guerra, os países membros da recém criada Organização das Nações Unidas assinaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual buscava levar a referida liberdade a todas as nações, atribuindo-lhe caráter universalizante e servindo como paradigma para as modernas ordens constitucionais.

Frise-se que o direito à livre manifestação do pensamento, previsto em nossa Carta Política no artigo 5º, IV, congrega, em seu núcleo, os direitos de petição, de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias, no saber do Min. Celso de Mello. (MELLO, 2011, p. 02).

Na verdade, toda pessoa tem direito não só a expor suas ideias, como também a ter acesso as mais diversas opiniões e expressões, seja através da mídia ou de reuniões - públicas ou privadas.

Por certo, se cada pessoa tem direito ao acesso as várias vertentes de expressões de pensamento, pode-se dizer que, na verdade, o que se está prestigiando é a livre iniciativa e circulação de ideias, cujo direito não se resume apenas a promover sua difusão, como também a recebê-la, nos termos do artigo 5º, XIV, da Constituição da República.

Vencidas as premissas conceituais inerentes à liberdade de expressão, dispostas pelo Ministro Celso de Mello, é de se indagar qual seria, então, o papel do Estado? Deve somente se abster de interferir na manifestação do pensamento ou deve adotar postura ativa, fomentando-a?

No que tange à referida indagação, os professores Caio Mário da Silva Pereira Neto e Gustavo Binjenbojm, prefaciando a obra do constitucionalista norte-americano Owen M. Fiss, assim lecionam: "essa é a fina ironia do papel do Estado em relação às liberdades de expressão e de imprensa: o Estado é, ao mesmo tempo, um inimigo mortal e um amigo imprescindível dessas liberdades" (BINENBOJM e NETO, 2005, p. 4).

E assim completam:

"Nesse equilíbrio delicado e complexo, o excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que a omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa" (BINENBOJM e NETO, 2005, p. 4).

O Estado deve, então, se abster de interferir na esfera individual, vez que a liberdade de expressão representa uma proteção à autonomia discursiva de seus cidadãos; cabe-lhe, ademais, prestigiar tal liberdade fundamental, haja vista que se trata de instrumento a ser utilizado na promoção da diversidade, exigindo uma prestação positiva estatal, de modo a

ampliar o espaço a ser conferido aos mais diversos grupos ideológicos, fomentando o debate no seio democrático.

Em se tratando de manifestações públicas, tais como a Marcha da Maconha, na qual a liberdade de expressão é exercida através do direito de reunião, a diretriz de atuação estatal é colocada em evidência. O Ministro Celso de Mello assim se posicionou em seu voto:

"Isso significa que o Estado, para respeitar esse direito fundamental, não pode nem deve inibir o exercício da liberdade de reunião ou frustrar-lhe os objetivos ou inviabilizar, com medidas restritivas, a adoção de providências preparatórias e necessárias à sua realização ou omitir-se no dever de proteger os que a exercem contra aqueles que a ela se opõem ou, ainda, pretender impor controle oficial sobre o objeto da própria assembleia, passeata ou marcha". (MELLO, 2011, p. 18)

Em se tratando de manifestações públicas, portanto, o Estado está proibido de interferir, de qualquer modo, na preparação dos atos de manifestação da opinião, devendo usar o seu aparato policial para garantir o exercício de tal direito e não para reprimi-lo.

Consequência lógica dos argumentos até então esposados pela relatoria é a de que o Estado ou os grupos representantes das ideologias dominantes devem se abster de opor qualquer resistência aos atos públicos e as opiniões ali manifestadas, por mais chocantes que possam parecer em um primeiro plano.

Entretanto, ainda no tocante às prestações positivas estatais necessárias à garantia do pleno exercício das liberdades de expressão e de reunião, urge destacar que a função contramajoritária da jurisdição da Suprema Corte, invocada pela relatoria no voto ora comentado, aqui encontra um de seus fundamentos.

Como guardião da Constituição da República e dos direitos fundamentais ali instituídos, a Suprema Corte brasileira deve, ao exercer sua jurisdição, "estimular a análise da proteção das minorias na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional" (MELLO, 2011, p. 24).

Mais do que isso, as palavras do Min. Celso de Mello significam que o Supremo Tribunal Federal deve adotar, como regra, a postura ativa, blindando os grupos dotados de vulnerabilidade, a fim de que os excessos cometidos pela maioria - quase sempre representada pelo próprio Estado - não lhes causem malefícios, evitando-se, assim, que as minorias se submetam à hegemonia dos grandes grupos, fato que, em última análise, colocaria em xeque o sistema democrático brasileiro.

Em brilhante lição, seu voto sugere ainda que "o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema" (MELLO, 2011, p. 26).

Tal chamamento realizado aos seus pares importa no reconhecimento de que o viés democrático do Estado de Direito não se subsume a uma simples previsão textual. A adoção do regime democrático tem, portanto, repercussão em todas as searas, não podendo a jurisdição se tornar imune a tais conceitos, cabendo-lhe, quando invocada, valer-se de todos os meios disponíveis à efetivação dos direitos fundamentais dos grupos que se encontrem em estado de vulnerabilidade, seja ela de que natureza for.

#### **4 - DA CONCLUSÃO**

Como visto, não se objetivou, na ADPF em questão, discutir eventuais propriedades terapêuticas ou supostas virtudes medicinais resultantes da utilização de drogas ou de qualquer outra substância entorpecente. O que esteve em jogo, na verdade, era a proteção às liberdades individuais de reunião e de manifestação do pensamento.

Assim, o Ministro Celso de Mello, no exercício da relatoria, assinalou que a liberdade de reunião serve como instrumento viabilizador da liberdade de expressão, sendo que ambos se qualificam como elementos aptos a propiciar e incentivar a participação da sociedade civil na vida política do Estado, motivo pelo qual o Poder Público age, historicamente, com o intuito de reprimir opiniões e manifestações dissonantes, que se mostram distantes do senso comum, como visto.

As minorias, também titulares das liberdades em questão, devem ser alvo de blindagem pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, por sua vulnerabilidade, devem ser protegidas, a fim de que possam exercer plenamente seus direitos.

Neste diapasão, grupos majoritários não poderiam submeter, ao seu bel prazer, a eficácia de direitos fundamentais, especialmente se levarmos em consideração a concepção material de democracia constitucional.

Tal conduta evidencia a função contramajoritária da jurisdição do Excelso Pretório, enquanto defensor do Estado Democrático de Direito, tendo o Ministro Celso de Mello realizado chamamento a seus pares, haja vista que, em seu entendimento, a defesa dos direitos fundamentais das minorias deve fazer parte da agenda da Suprema Corte.

Ademais, em que pese a livre expressão do pensamento não possuir caráter absoluto, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam conflitar com as concepções da opinião pública, em determinado momento histórico.

Desta forma, os seguidos atos estatais de repressão à liberdade de expressão são nocivos e perigosos, não podendo o Estado contemporâneo dispor de poder algum sobre a palavra, as ideias e os modos de sua manifestação, cabendo-lhe, na verdade, fomentá-los.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que os frequentadores da “Marcha da Maconha” não incorrem na prática do ilícito penal previsto no artigo 287 do Código Penal, visto que no legítimo exercício de seu direito de petição, transmitindo ideias, opiniões e expondo reivindicações, com único intuito de sensibilizar a sociedade e os poderes constituídos no tocante aos supostos benefícios da descriminalização do uso de drogas, em especial, da *cannabis sativa*.

## 5 - REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187**. Ministro Celso de Mello. Julgado em 15/06/2011. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-mello-adpf-187-merito.pdf>>. Acesso em 25/04/2014.

CAPALDI, Nicholas. **Da liberdade de expressão - uma antologia de Stuart Mill a Marcuse**. Trad. de GOMES, Gastão Jacinto. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974. 268 p.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Trad. e Pref. de BINENBOJM, Gustavo e NETO, Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 148 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 30/04/2014.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 30/04/2014.

